

## Proteção de Dados de Crédito na Lei Geral de Proteção de Dados

### *Credit Data Protection in the General Data Protection Act*

**JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO<sup>1</sup>**

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Pesquisador da Fundação Alexander von Humboldt.

**RICARDO RESENDE CAMPOS<sup>2</sup>**

Assistente-Docente da Faculdade de Direito de Goethe Universitat Frankfurt am Main, Alemanha.

**RESUMO:** A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, de forma inovadora em relação a outras legislações, considera o tratamento de dados para o fim de proteção ao crédito como hipótese legitimadora do processamento de dados pessoais, independentemente de consentimento do titular. O presente artigo interpreta o alcance dessa previsão na LGPD em comparação com o direito europeu no que se refere à prática de *credit scoring*, abordando diferenças entre essas legislações no que se refere à regulação de *profiling* e de decisões automatizadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Credit scoring*; proteção de dados; privacidade; *profiling*; cadastro de credito.

**ABSTRACT:** The Brazilian General Data Protection Regulation includes an innovative proviso, according to which the data processing for the purpose of protecting financial credit is lawful independently of consent by the data subject. The present paper interprets the extension and reach of this permission with respect to the practice of credit scoring, comparing European and Brazilian law around the subject-matters of profiling and automated decision making.

**KEYWORDS:** Credit scoring; data protection; privacy; profiling; credit records.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 *Profiling, scoring* e decisões automatizadas no Direito europeu; 1.1 *Profiling*; 1.2 *Credit scoring*; 2 *Credit scoring* no Direito brasileiro; 2.1 Reconhecimento do *credit scoring* na legislação em vigor; 2.2 Reconhecimento da prática pela jurisprudência; 2.3 A disciplina na Lei Geral de Proteção de Dados; 2.4 Delimitação dos tipos de dados objeto de *scoring*; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018) tem forte inspiração na legislação europeia, atualmente consolidada na General Data

1 <<https://orcid.org/0000-0002-2705-7440>>

2 <<http://lattes.cnpq.br/9309219867539894>>

Protection Regulation – GDPR (Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu), tendo importado, em grande medida, seu conteúdo de direito material, seus fundamentos e principiologia (como no caso exemplar da autodeclaração informacional), suas definições sobre conceitos centrais, como os agentes relevantes (sujeito do dado, o controlador, o operador), tipos de dado (sensíveis, não sensíveis, anonimizados), tipos de processamento, a diretriz de controle da informação e do processamento (princípio de finalidade), as formas de processamento legítimo (consentimento, obrigação legal, execução de contrato, legítimo interesse etc.), os direitos básicos dos sujeitos dos dados e os deveres principais dos controladores e operadores.

Todavia, há divergências importantes, que decorrem não só de diferenças na formulação do texto legal, como também da *recepção* do conteúdo de deveres e direitos pelo ordenamento brasileiro, que, em nome da coerência do sistema normativo, pode levar a atribuições de significado distintos para termos legais ou gerar conflitos com outros documentos legislativos a serem solucionados pela atividade hermenêutica, doutrinária ou judicante (administrativa ou judicial).

Entre essas diferenças, chama atenção o tratamento de dados para construção de perfis individuais (*profiling*), em particular para pontuações de risco com a *finalidade de proteção ao crédito (credit scoring)*. A diferença começa pelo fato de a LGPD, em seu art. 7º, X, incluir esse tratamento explicitamente no rol das formas legítimas de processamento, no mesmo pé do consentimento pelo titular do dado, algo que não se encontra nem na GDPR, nem das legislações dos Países-membros da Comunidade Europeia. Aprofunda-se pela abordagem diversa entre a GDPR e a LGPD acerca da atividade de construção de perfis e consolida-se pelas diferenças profundas entre esses documentos no que se refere a decisões automatizadas.

*Scoring* pode ser definido como um sistema automatizado que emprega modelos matemáticos para avaliar certas características assinaladas a determinada pessoa singular (variáveis como histórico de adimplemento contratual, comportamento do consumidor, dados financeiros, patrimoniais, local de residência, idade etc.) de modo a lhe atribuir determinada pontuação, que o situa em categorias preditivas probabilísticas de comportamento futuro. A pontuação é baseada na suposição de que um comportamento semelhante pode ser previsto através da classificação de uma pessoa a um determinado grupo com certas características comparáveis que se comportaram de determinada forma<sup>3</sup>.

Seu surgimento, na segunda metade do século XX, está ligado à atuação de *bureaus* de crédito, que evoluem de uma atuação local, baseada em informações intuitivas, para métodos estatísticos que passaram a correlacionar

---

3 Simitis, Hornung, Spiecker (Org.). *Datenschutzrecht*, Editora Nomos, Baden-Baden 2019, notas marginais n. 24.

informações como propriedades, posse de linhas telefônicas, tempo de permanência em endereços, em empregos, gênero, casamento, idade e histórico de dívidas e adimplemento. Tais métodos começaram a chamar a atenção de reguladores, a partir das décadas de 70 e 80, preocupados, principalmente, com a correção dos dados utilizados, com a possibilidade de acesso aos dados pelos solicitantes de empréstimos, com a possibilidade de discriminação e tipos de dados empregados.

Por outro lado, reconhece-se a importância da análise de solvabilidade para a segurança das relações de crédito e para o desenvolvimento do mercado bancário e da economia, com impactos positivos para políticas públicas. Entre os benefícios apontados, incluem-se maior oferta de crédito a menores taxas de juros e com melhor qualidade, prevenção de excesso de endividamento dos consumidores ao inibir os empréstimos irresponsáveis ou predatórios, maior estabilidade do sistema financeiro pela redução do risco de crédito bancário<sup>4</sup>.

Tal procedimento de pontuação expandiu-se para outras esferas, além da proteção ao crédito, e passou a ser usado pelo sector privado, por exemplo, para a concessão de empréstimos bancários (em que a pontuação prediz risco de inadimplência), para determinar prêmios e valores em contratos de seguro (probabilidade de sinistro), para contratação de empregados (em que a pontuação indica probabilidade de desempenho do candidato em sua função ou outros comportamentos de interesse do empregador), ou para definir estratégias de *marketing* direcionado (probabilidade de consumo)<sup>5</sup>.

Com a ampliação da digitalização e a disponibilidade massificada de dados na rede mundial de computadores, tem-se, de um lado, maior precisão da análise e, portanto, maior potencial de efeitos benéficos sobre a oferta de crédito e redução de juros, e, de outro, maior potencial de impacto sobre a privacidade e outros direitos fundamentais. A variedade de dados e a possibilidade de correlações ampliam-se sobremaneira, podendo-se estabelecer inferências a partir de usos de determinados aplicativos (e.g., aplicativos de apostas, de táxis), relações de amizade em redes sociais, dados extraídos de *quizz* psicológico, com aplicações para as mais diversas finalidades<sup>6</sup>, o que naturalmente levanta questões sobre os limites daquilo que pode ser utilizado para esse fim.

Além da disponibilidade de dados, a evolução dos métodos matemáticos e computacionais, com emprego de inteligência artificial, traz novos desafios. Atualmente, o *scoring* é elaborado por técnicas de análise de dados que empre-

---

4 OECD, Facilitating access to finance – Discussion Paper on Credit Information Sharing. At: <<https://www1.oecd.org/globalrelations/45370071.pdf>>.

5 Thilo Weichert, Scoring in Zeiten von Big Data. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, v. 47, Issue 6, p. 168-171, 2014.

6 Disponível em: <<https://www.economist.com/international/2019/07/06/a-brief-history-and-future-of-credit-scores>>.

gam inteligência artificial, em particular o aprendizado de máquina<sup>7</sup>, o que traz o risco de incorporação de vieses discriminatórios na base de dados empregada para treinamento do sistema, ou no desenho do algoritmo, ou ainda pelo risco de falhas que possam ter impactos na esfera individual, com a limitação de acesso a bens ou oportunidades<sup>8</sup>.

O objetivo deste artigo é, em primeiro plano, comparar o regime jurídico europeu e brasileiro em torno do *scoring*. Nesse contexto, pretendem-se examinar as diferenças de modo a conceituar direitos e deveres dos sujeitos de dados referidos por *scoring* e também dos controladores e operadores que realizam esse tipo de tratamento, procurando problematizar as seguintes questões: como o *scoring* na LGPD harmoniza-se com a legislação nacional sobre proteção ao crédito? Haveria um direito dos controladores e operadores de dados em realizar *scoring*? Há na LGPD direitos ou deveres específicos aplicáveis a *scoring* em relação a outras formas de tratamento? Quais tipos de dados podem ser processados para essa finalidade? O emprego de decisões automatizadas com base em *scoring* traria salvaguardas adicionais?

O presente artigo organiza-se em 4 seções. Na Seção 2, abordamos o regime jurídico europeu sobre *scoring*, elucidando o plano jurisprudencial, normativo e doutrinário sobre o tema. Na Seção 3, estabelecemos parâmetros legais para o enquadramento do *scoring* e suas consequências dentro da tradição do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, na Seção 4, trazemos alguns apontamentos conclusivos sobre a questão.

## 1 PROFILING, SCORING E DECISÕES AUTOMATIZADAS NO DIREITO EUROPEU

### 1.1 PROFILING

A modernização da legislação europeia de proteção de dados, com a promulgação da GDPR, pode ser compreendida como resposta à migração, em diversos aspectos das relações econômicas e sociais, do mundo *offline* para o mundo *online*<sup>9</sup>, a riqueza e abundância de dados disponível da web e geradas por aparelhos conectados (*internet of things*), bem como ao processamento dessas informações por inteligência artificial, o que trouxe sérios desafios à capacidade individual de influenciar a construção de sua identidade virtual, com impactos sobre a formação de sua personalidade interna.

---

7 Sobre metodologias de aprendizado de máquina, ver RUSSELL, S.; NORVIG, P. *Inteligência artificial*. 3. ed. Elsevier, 2013; e sobre os riscos relativos à explicabilidade e discriminação associados a técnicas de inteligência artificial aplicadas a *scoring*, ver CITRON, D. K.; Pasquale, F. The scored society: due process for automated predictions, 89, *Whash. L. Rev.*, 1 (2014).

8 CITRON, D. K.; PASQUALE, F. The scored society... Op. cit.

9 GUGERLI, David. *Wie die Welt in den Computer kam*. Zur Entstehung digitaler Wirklichkeit, Editora Fischer, Frankfurt am Main 2018.

Com apenas algumas características, é hoje possível individualizar condutas e comportamentos individuais<sup>10</sup>, permitindo, assim, tirar conclusões significativas sobre práticas, costumes e características de uma pessoa<sup>11</sup>. Os riscos e perigos que essa forma de tratamento de dados pode ocasionar para o livre desenvolvimento da personalidade e suas potenciais consequências em práticas discriminatórias estão no centro das preocupações que motivaram o aprofundamento da proteção jurídica em relação à prática de *profiling* e podem ser assim sintetizados: (a) o elevado *volume de dados disponíveis* na web; (b) a *facilidade de acesso* a esses dados; (c) a *interoperabilidade* e agregação de dados para estabelecer inferências sobre indivíduos; (d) o *valor econômico* dessas informações extraídas com atuação dos *data brokers*; (e) emprego de *modelos de inteligência artificial* para formulação e circulação/comercialização de perfis individuais e para tomada de decisões automatizadas; (f) riscos de *discriminação* em representações informacionais de indivíduos<sup>12</sup>.

Desse modo, a proteção em relação a *profiling* na GDPR ganhou contornos mais concretos do que na antiga Diretiva nº 95/46/CE. Assim, a resposta do legislador europeu encontra fundamento decorrente do direito fundamental à privacidade (arts. 7º) da protecção de dados (art. 8º), o direito à não discriminação (art. 21º) presentes na da Carta de direitos fundamentais da U.E.

A GDPR define *profiling* de modo abrangente como

qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

Sua caracterização, portanto, centra-se em três fatores. Primeiro, requer um tratamento automatizado de dados pessoais. Perfilagem não abrange a mera análise manual de dados para efeitos de avaliação da personalidade, conforme o inciso 1 do art. 2º, nº 2 do art. 4º da GDPR. Segundo, os dados tratados devem ser pessoais, ainda que combinados com dados não pessoais. Terceiro, deve ter por objetivo avaliar o indivíduo com o fim de o categorizar e predizer seu comportamento futuro. A partir dessa definição, protege o sujeito de dado, em diferentes menções no documento, bem como em *recitals* e diretivas, além da

---

10 Ver por exemplo, o uso de modelos generativos para identificar indivíduos apenas com 15 itens de dados demográficos: ROCHER, L.; HENDRICKX, J. M.; MOMNJOYE, Y-A. Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models. *Nature Communications* 10: 3069, 2019.

11 ROBNAGEL, Alexander. *Big Data – Small Privacy?* Konzeptionelle Herausforderungen für das Datenschutzrecht. In: *Zeitschrift für Datenschutz*, 3 (2013), p. 562-567. BOEHME-NEBLER, Volker. Das Ende der Anonymität. Wie Big Data das Datenschutzrecht verändert. In: *Datenschutz und Datensicherheit*, v. 40, Issue 7, p. 419-423, p. 419 e ss.; RICHTER, Philipp. Big Data, Statistik und die Datenschutz-Grundverordnung. In: *Datenschutz und Datensicherheit*, 2016, v. 40, p. 581-586, Issue 9.

12 SOLOVE, D. J. *Understanding privacy*. Cambridge: Massachussets; London: Harvard University Press, 2009.

adoção de um documento de diretrizes específico elaborado pelo “Data Protection Working Party”<sup>13</sup>.

A proteção dá-se em três níveis. Primeiro, por meio das regras gerais aplicáveis a qualquer tratamento de dados pessoais, como a licitude do processamento (hipóteses de autorização do tratamento), informação ao sujeito sobre o tratamento, direito de acesso, retificação, objeção e exclusão, observado o legítimo interesse dos controladores e operadores.

Segundo, por regras específicas voltadas a propiciar transparência acerca da forma pela qual é elaborado o perfil, que consiste em indicar os tipos de dados processados e para que finalidade é empregado o perfil, além de salvaguarda contra a perfilagem que possa resultar em discriminação abusiva. Essas proteções permitem ao sujeito de dados compreender a finalidade do emprego e participar ou contestar a construção de seu perfil. O regramento europeu em torno do *profiling* e no caso especial do *scoring* visa especialmente a impedir que técnicas automatizadas gerem efeitos discriminatórios, restringindo, assim, direitos fundamentais. Não se trata de uma vedação dessas técnicas de automação, mas sim da mitigação de possíveis efeitos discriminatórios na forma de tratamento de dados<sup>14</sup>. O grau de intervenção do sujeito de dados na informação ou inferências construídas pelo controlador ou operador depende da análise de legítimo interesse, que autoriza o processamento. Reconhece-se, porém, ao sujeito do dado o direito à objeção *per se* contra o *profiling* com o propósito de *marketing* (art. 22(2)).

O terceiro nível de proteção consiste na decisão automatizada que empregue perfis (art. 22). A legislação europeia faz distinção clara entre o *profiling*, cujo processamento é necessariamente automatizado, e as decisões automatizadas, que podem ou não ser baseadas em perfis<sup>15</sup>. O art. 22 da GDPR não trata de simples direito à objeção, mas proíbe o emprego de decisões integralmente automatizadas<sup>16</sup>, a não ser nas hipóteses de exceção, como o consentimento expresso do sujeito do dado, a necessidade do processamento para a execução de contrato ou a autorização por País-membro da CE. A disposição não proíbe a utilização de procedimentos automatizados, incluindo a definição de perfis, na tomada de decisões, mas proíbe a aplicação direta do resultado gerado auto-

---

13 Guidelines on Automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (fev. 2018). O Data Protection Working Party, previsto no art. 29 da Diretiva nº 95/46/EC, é um conselho europeu independente sobre proteção de dados e privacidade. Os documentos elaborados não têm força legal vinculante, mas são importantes guias de interpretação e orientação na aplicação da GDPR.

14 Para discriminação dentro do contexto do tratamento de dados por empresas de envio de mercadorias *online*, ver Flemming Moos, Tobias Rothkegel, Nutzung von Scoring-Diensten im Online-Versandhandel. Scoring-Verfahren im Spannungsfeld von BDSG, AGG und DS-GVO, em: *Zeitschrift für Datenschutz*, 2016, p. 561 e ss.

15 Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679.

16 Guidelines on automated individual decision-making...; ver também KAMINSKI, M. E. The right to explanation, explained, 34 *Berkeley Technology Law Journal* 189 (2019).

maticamente a uma situação sem a “intervenção” humana<sup>17</sup>. Ou seja, o art. 22 não se aplica a decisões humanas baseadas em perfil automatizado, mas apenas a decisões integralmente automatizadas que incluam perfis.

Para o caso de decisões automatizadas que incluam perfis, o sujeito de dados tem direito à intervenção humana para sua revisão e a receber “informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados” (arts. 13 e 14). Há intensa polêmica doutrinária sobre o significado e a abrangência das informações a que teria direito ao sujeito de dados, em torno do conceito de “direito à explicação”. Para alguns, o direito seria apenas a receber informações sobre como funciona o sistema de decisão automatizada, o que já seria atendido por uma apresentação genérica e *ex ante* do sistema<sup>18</sup>. Para outros, fundados no Recital 71 da GDPR, o direito consistiria em obter explicação *ex-post* específicos sobre a decisão tomada e os critérios nos quais se baseia<sup>19</sup>. Ou ainda, aqueles que defendem a existência de um direito à boa decisão algorítmica, com acento nas salvaguardas contra decisões automatizadas com vieses<sup>20</sup>. O direito à explicação pode ser limitado pela oposição de sigilo de negócio pelo operador, o que vem previsto no Recital 63 da GDPR. Por não ser fazer parte do texto legal, torna-se ônus do controlador ou operador demonstrar que a veiculação da informação sobre o funcionamento do sistema automatizado afeta segredo industrial.

## 1.2 CREDIT SCORING

Na Europa, o processamento de dados de crédito dos consumidores e seu compartilhamento tem sido largamente utilizado por instituições financeiras ou empresas que prestam serviços a crédito ou com pagamento diferido, sendo a principal base de decisão sobre o empréstimo, conclusão de contrato ou definições de valores de taxas de juros<sup>21</sup>. A regulação em torno dos dados sobre crédito de consumidores é construída sobre tripé de regras relativas à concorrência, regras relativas a critérios para empréstimos e proteção ao consumidor e regras relativas à proteção de dados.

- 
- 17 SCHOLZ, Philip. DSGVO Art. 22 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling. In: Simitis, Hornung, Spiecker (Org.). *Datenschutzrecht*. Editora Nomos, Baden-Baden, 2019. Ver também MENDOZA, Isak; BYGRAVE, Lee A. *The right not to be subject to automated decisions based on profiling*. Editora Springer, 2017. p. 10.
  - 18 WACHTER, Sandar; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation, 7 INT'L Data Privacy L. 76 (2017).
  - 19 Mendoza e Bygrave, op. cit. (244); Andrew D. Selbst & Julia Powles, Meaningful Information and the Right to Explanation, 7 INT'L Data Privacy L. 233, 235 (2017); Gianclaudio Malgieri & Giovanni Comandé, Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation, 7 INT'L Data Privacy L. 243, 246 (2017).
  - 20 EDWARDS, Lillian; VEALE, Michael. Enslaving the Algorithm: From a “Right to an Explanation” to a “Right to Better Decisions”?, 16 IEEE Security & Privacy 46 (2018).
  - 21 FERRETTI, F. The never-ending European Credit Data Mess. Report da Associação Europeia de Consumidores, 2017.

As regras concorrenciais tratam da troca de informações concorrencialmente sensíveis entre instituições de crédito, ao passo que as regras financeiras sobre empréstimos e proteção ao consumidor direcionam-se à transparência e trocas de informações entre mutuantes e mutuários, com o intuito de evitar endividamento excessivo de consumidores (Diretiva nº 2008/748/EC sobre crédito ao consumidor<sup>22</sup> e a Diretiva nº 2014/17/EU sobre crédito hipotecário<sup>23</sup>).

No âmbito da União Europeia, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia apreciou o caso sobre a possível natureza anticoncorrencial de um sistema de intercâmbio de informações de crédito entre instituições financeiras, neste caso sobre os registros de crédito na Espanha<sup>24</sup>. Nesse importante caso julgado em 2006, o sistema de intercâmbio de informações entre instituições financeiras sobre a solvabilidade dos clientes para avaliação da capacidade de crédito baseado em uma pontuação foi tido como conforme aos parâmetros legais europeus, com base no reconhecimento de um benefício global positivo para os consumidores, em termos de segurança das relações comerciais e creditícias, que pode trazer efeito agregado positivo para a economia<sup>25</sup>.

Além de não ser considerada anticompetitiva a prática de compartilhamento de informações de crédito de consumidores, a criação de dificuldades para acesso a essas bases de dados passou a ter conotação anticompetitiva. Assim, a Diretiva sobre Crédito Hipotecário inclui *recital* indicando que,

para prevenir qualquer distorção competitiva entre credores, deve ser assegurado que todos os credores, sejam instituições de crédito ou não, que promovam acordos de empréstimo relativos a bens imóveis, tenham acesso a toda a base de dados pública e privada sobre consumidores, em base não discriminatórias.<sup>26</sup>

Com isso, as regras concorrenciais e de proteção de dados travam uma tensão entre o estímulo ao compartilhamento para isonomia competitiva e contenção ao compartilhamento para resguardar a privacidade, que é resolvida a partir da análise de “legítimo interesse” no processamento dos dados. Note-se que tanto a Diretiva de Crédito ao Consumidor (art. 9(4)) quanto a Diretiva de Crédito Hipotecário (Recitals 59, 61 e 62) ressalvam que os dispositivos relativos a dados pessoais não prejudicam a aplicação da legislação de proteção de dados, em particular no que se refere às garantias de necessidade e proporcionalidade do processamento. O legítimo interesse sobre dados de crédito dos consumidores identificado não só em relação ao interesse das instituições de

---

22 Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers.

23 Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC.

24 EuGH, Decisão de 23 November 2006 (Rs. C-238/05).

25 Decisão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 23.11.2006 – Rs. C-238/05

26 Recital 60 da Diretiva nº 2014/17/EU.



crédito ou dos benefícios à economia, como também em nome do interesse do próprio consumidor, considerando-se a preocupação com o endividamento excessivo, com a obrigatoriedade de as instituições coletarem dados pertinentes sobre a capacidade de crédito e assessorarem o consumidor sobre a razoabilidade do empréstimo hipotecário. O processamento dos dados pauta-se pelo consentimento, mas a análise de legítimo interesse pode dispensá-lo<sup>27</sup>.

Como o “legítimo interesse” exige uma ponderação entre a finalidade legítima e os meios empregados<sup>28</sup>, dependente de fatores culturais locais, há bastante discrepância entre os tipos de dados processados e as finalidades de emprego, possibilidade de cadastro positivo ou negativo, o que traz uma série de dificuldades ao compartilhamento de dados entre Países-membros, para que haja conformidade tanto com a legislação concorrencial quanto com a legislação de proteção de dados. Em geral, ainda que sejam processados não só dados financeiros como também não financeiros, normalmente os dados tratados dizem sempre respeito a oferta de bens ou valores com pagamento diferido, dizendo sempre respeito a adimplemento contratual, seja de hipoteca, empréstimos ao consumidor, cartões de crédito, encomendas *online*, consumo de energia (gás, eletricidade), água, empréstimos para financiar educação, serviço de conexão a internet, linhas telefônicas, *leasings*, aluguel de imóveis, seguro saúde etc.<sup>29</sup>. Mas há também, em alguns casos, o emprego de outros dados como cumprimento de obrigações fiscais, idade, gênero, endereço, identificação do empregador, dados judiciais sobre insolvência.

Na Alemanha, por exemplo, houve movimento de normalização tanto do cadastro positivo quanto negativo dentro de uma legislação nacional já afeita e integrada à proteção de dados (Lei Federal de Proteção de Dados – *Bundesdatenschutzgesetz* BDSG). A permissão para transmissão de dados po-

---

27 Em um caso decidido pelo tribunal de segunda instância de Berlim, em 2013, sobre a necessidade ou não de consentimento como base legal para o tratamento e compartilhamento de dados referentes à capacidade de crédito e avaliação de crédito por pontuação, o tribunal, baseando-se no § 29 BDSG (deutsche Bundesdatenschutzgesetz – Lei Federal Alemã de Proteção de Dados), excluiu a necessidade de consentimento. Segundo a argumentação do tribunal, a coleta, armazenamento ou tratamento de dados pessoais para fins de transmissão é permitida se houver interesse legítimo. O caso concreto referia-se a uma agência de crédito, que, pelo julgado, estaria autorizada a recolher informações sobre a concessão da quitação residual da dívida junto do registro de devedores e a armazená-las durante três anos para efeitos de prestação de informações a potenciais mutuantes. KG, Urteil vom 7.2.2013 – 10 U 118/12 (LG Berlin). Sobre o assunto, ver: KG: KG: Auskunft darf Restschuldbefreiung drei Jahre speichern (ZD 2013, 189). Há também outros casos nesse sentido. Para tanto, ver BGH, Urt. v. 22. 2. 2011 – VI ZR 120/10 (OLG Jena).

28 Na regulação europeia, o conceito de interesse legítimo (“*berechtigte Interesse*”) está presente no art. 6, inciso 1, da GDPR. Também o Recital 47 da GDPR trata do legítimo interesse. Nesse há exemplos claros no qual o legítimo interesse configura hipótese legal para o tratamento de dados como, por exemplo, se existir uma relação relevante e adequada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento de dados. Ou seja, se o titular dos dados for um cliente do responsável pelo tratamento de dados ou estiver ao seu serviço. Sobre o conceito de legítimo interesse, ver Constantin Herfurth, *Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO*, em: *Zeitschrift für Datenschutz*, 2018, p. 514-520. GOLLA, Peter. *Verarbeitung von Beschäftigendendaten aufgrund berechtigter Interessen Gola in Gola DS-GVO*. In: *Datenschutz-Grundverordnung*, 2 Edicao 2018, DS-GVO Art. 6, notas marginais 101-104.

29 FERRETTI, F. *The never-ending European Credit Data Mess*. Op. cit., p. 33.

sitivos de crédito foi regulada no § 28a II da BDSG e do cadastro negativo de devedores no § 28a I da BDSG no ano de 2009. O objetivo foi justamente de estabelecer uma maior segurança jurídica para o regime de pontuação de crédito (*scoring*). Assim, criou-se um parâmetro legal para, por um lado, atingir níveis maiores de proteção na economia da inadimplência de empréstimos, e, por outro lado, evitar também a ingerência desproporcional nos direitos pessoais dos afetados<sup>30</sup>. Isso permitiu expressamente a transmissão de dados às agências de crédito e o cálculo de valores de probabilidade para avaliação de risco (*scoring*) pelas próprias empresas (*scoring* interno) ou pelas agências de crédito para efeitos de transmissão (*scoring* externo) em conformidade com os requisitos legais.

Como o legítimo interesse aparece como exceção ao regime de consentimento, a leitura daquilo que pode ser processado para finalidade de proteção ao crédito é mais estrita, normalmente se concentrando em aspectos relativos ao histórico de adimplemento. Porém, a relevância social do legítimo interesse leva ao reconhecimento de verdadeiro direito dos operadores, instituições financeiras e *bureaus* de crédito em realizar o *scoring*, como fica patente em decisão do Tribunal de Justiça da Espanha, em 2011, que entendeu ser inválida legislação nacional que limitava o uso de dados para *scoring* de crédito àqueles disponíveis em documentos de acesso público, considerando que ela violaria o conteúdo da Diretiva nº 95/CE. Ou seja, entendeu-se que a legislação de País-membro não poderia impor condicionamentos ou exigências adicionais àqueles previstos na Diretiva, de modo que a limitação às fontes públicas limitaria o exercício do legítimo interesse, que é hipótese autorizadora do processamento, independentemente de consentimento.

Em relação a decisões automatizadas, a disposição legal do art. 22 é aplicável ao *scoring* não só se o valor extraído especificar uma decisão de crédito (ou outra aplicação), mas também, e em especial, se o valor da pontuação desempenhar um papel decisivo na decisão, tornando-se, assim, a sua base essencial<sup>31</sup>. Nesse contexto, o parâmetro europeu inclui a possibilidade de equiparação a uma decisão automatizada se a participação humana for considerada irrelevante. Para que o *scoring* de crédito seja considerado uma simples hipótese de *profiling* e não uma decisão automatizada, o funcionário responsável deve deter, ao mesmo tempo, competência para decisão e poder discricionário para decidir em desconformidade com o valor (*score*) gerado automaticamente<sup>32</sup>.

---

30 TAEGER, Jürgen. Scoring in Deutschland nach der EU Datenschutzgrundverordnung. In: *Zeitschrift für RechtspolitikZRP*, p. 72-75, 2016.

31 KORCZAK, Dieter; WILKEN, Michael. Scoring im Praxistest. Aussagekraft und Anwendung von Scoringverfahren in der Kreditvergabe und Schlussfolgerungen. Munique, 2008, p. 19; ABEL, Horst. Grundsätze für die Prüfung von DV-Verfahren. In: *Datenschutz und Datensicherheit*, p. 80-86, 1992.

32 BECKHUSEN, Michael. Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA Unter besonderer Berücksichtigung des Scoring-Verfahrens ASS und der Betroffenenrechte. Editora Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 267.

Outra questão recorrente dentro da utilização da técnica de *scoring* encontra-se na possibilidade ou não da pessoa avaliada negativamente por um procedimento de pontuação em ter direito a informações completas sobre o procedimento de pontuação aplicado e o processamento de dados subjacente. Nesse assunto, o tribunal federal alemão (*Bundesgerichtshof*) debruçou-se sobre o tema firmando entendimento de que a pessoa com classificação negativa não teria direito abrangente à informação, pois frequentemente essas informações tocariam outros direitos da empresa como a proteção do segredo industrial no que tange à estrutura do algoritmo que possibilita a decisão automatizada<sup>33</sup>. Apesar de ter direito ao mecanismo por detrás do algoritmo, isso não altera o *status* singular dado pelo direito europeu ao tema *scoring*. Não é necessário que o afetado conheça os detalhes do programa ou do seu algoritmo para que tenha revisada a decisão automatizada<sup>34</sup>.

Em suma, a legislação europeia trata o *scoring* de crédito a partir de um balanço de seus efeitos sociais e econômicos benéficos frente ao seu impacto sobre a privacidade. O emprego dessa técnica independe de consentimento, por força da análise de legítimo interesse, o que traz ao operador o ônus de mostrar que os dados processados atendem ao interesse legítimo específico de proteção ao crédito, ou seja, a demonstração de sua adequação necessidade e proporcionalidade. Tratando-se de forma de *profiling*, reconhece-se ao sujeito do dado o direito à transparência sobre critérios e finalidade do processamento, além de salvaguarda contra resultados discriminatórios abusivos. Porém, a transparência não implica necessidade de exposição de detalhes do algoritmo empregado, que possa afetar segredo de negócio. A legislação diferencia claramente a automatização envolvida na geração do *profiling* da decisão integralmente automatizada baseada em perfis, porém destaca que, para que a decisão baseada em perfil seja considerada não automatizada, o papel do humano no processo de decisão deve envolver discricionariedade e poder de divergir da indicação provida pela pontuação.

## 2 CREDIT SCORING NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1 RECONHECIMENTO DO CREDIT SCORING NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

No Brasil, o tratamento legal da prática de *scoring* com a finalidade proteção ao crédito seguiu sistemática inversa àquela observada na Europa. Se en-

33 BGH, Decisão de 28.01.2014 – VI ZR 156/13. Para pontos consonantes com os termos da decisão, ver Kai-Uwe Plath (Org.), BDSG/DSGVO. Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, Editora Otto Schmidt, Colonia 2016, § 28b nota marginal 7; para críticas à decisão, ver Weichert in Wolfgang Däubler/Thomas Klebe/Peter Wedde/Thilo Weichert (Org.). *Bundesdatenschutzgesetz*. Kompaktkommentar zum BDSG, 4ª ed., Frankfurt/Main, 2014, § 28b, nota marginal 4.

34 GOLA, Peter. *Datenschutz-Grundverordnung*. Editora Beck, Munique, 2017, art. 22, nota marginal 16.

tre os europeus a regulamentação é construída dentro da preocupação com proteção de dados e embasada principalmente no legítimo interesse como hipótese de exceção, entre nós a proteção ao crédito aparece primeiro em ambiente de autorregulação para depois obter reconhecimento estatal como prática legítima. E a LGPD reforça esse reconhecimento ao incluí-la expressamente no rol das hipóteses legítimas de tratamento.

Inicialmente, o tema foi regulado por associações privadas setoriais, representativas dos comerciantes (Sociedade de Proteção ao Crédito – SPC) e das instituições financeiras (Serasa). Essa prática, permitida no sentido de “não proibida”, ganhou relevo institucional, servindo de referência na relação entre varejistas, bancos e consumidores. Ganhou reconhecimento legal explícito com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, cuja disciplina garante ao consumidor o direito de obter e retificar informações sobre si nos cadastros de crédito (CDC, art. 43). O direito de obter e retificar informações perante estabelecimentos comerciais e associações setoriais de proteção ao crédito, obviamente, pressupõe a licitude de sua coleta, processamento e compartilhamento por aquelas instituições. Ficam, porém, garantidos ao consumidor o direito à transparência e a veracidade.

Outro reconhecimento legal relevante da prática de *scoring* com abrangência mais ampla do que a relação de consumo sobreveio com a Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo – LCP), que prevê o compartilhamento de informações sobre adimplência contratual (art. 9º)<sup>35</sup> e que, mais recentemente, foi modificada pela Lei Complementar nº 166/2019 (originária do Projeto de Lei Complementar nº 441/2017 – PLP 441/2017), que alterou o art. 4º da LCP para tornar automática a inclusão dos consumidores nesse cadastro, com a possibilidade de o cadastrado requerer o cancelamento do cadastro (art. 5º). Ou seja, houve a passagem para o modelo *opt out*, na qual há a inclusão automática, com a possibilidade do consumidor em solicitar sua exclusão do cadastro positivo. O argumento que fundamenta a alteração de modelo no projeto de lei é a adesão aquém ao esperado pelas instituições financeiras ao cadastro positivo, o que traria grau de informações limitado e insuficiente para a efetiva redução do *spread* bancário<sup>36</sup>.

Assim, com a promulgação da LCP, ancora-se a legalidade da prática de *scoring*, tanto no que se refere aos dados negativos quanto aos positivos de adimplemento contratual, independentemente de se tratar de relação de consumo, podendo abranger não só pessoas físicas quanto as jurídicas. É importante

---

35 “Art. 9º O compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.” (Sobre o tema, ver SCHERTEL, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145-146)

36 Para uma visão geral da Lei de Cadastro Positivo, ver: BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

notar que a LCP disciplina a formação do banco de dados, ao passo que a prática de *scoring* refere-se à extração de informações dos dados, pelo emprego de inteligência ou modelos de análise.

Ou seja, e isso é fundamental, a lei *não estabelece limites à inteligência ou metodologia a ser empregada*, mas regula a formação da base de dados, isto é, aquilo que pode ser *anotado* na base e fixa a finalidade de seu emprego.

Assim, seu art. 3º, *caput*, restringe o conteúdo do banco de dados a “informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito”. E, no § 1º, a exemplo do CDC, exige objetividade (não se pode anotar juízos de valor), clareza, veracidade e inteligibilidade das informações cadastradas e, no art. 3º, § 3º, proíbe expressamente a anotação de *informações excessivas*, i.e., “aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor” (inciso I) e as *informações sensíveis*, quais sejam, informações pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas (inciso II).

E essa base, conforme definido no art. 7º, somente pode ser empregada para a realização da análise de risco de crédito dos cadastrados (inciso I) e para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou transações comerciais que impliquem risco financeiro ao consulente (inciso II).

Portanto, segundo a legislação vigente, muito embora os bancos de dados sobre histórico de crédito somente possam ser utilizados para a finalidade de análise de risco de crédito, *não há restrição sobre os métodos e correlações que podem ser empregados para esse fim*, ressalvadas a manipulação de informações sensíveis ou “excessivas”.

Esse aspecto é chave quando pensamos na relação entre a legislação sobre cadastros de crédito e a proteção de dados pessoais. Trata-se da distinção entre dados e informações. A proteção de dados não trata, em primeira linha, da salvaguarda de dados, mas da forma como determinadas informações pessoais são “construídas” e utilizadas em face de pessoas naturais<sup>37</sup>. Dados são caracteres armazenados em uma mídia e podem servir de base para informações. Podem ser definidos como quebras de uniformidade perceptíveis pelo humano ou pela máquina, cuja combinação é capaz de gerar significado<sup>38</sup>. Já *informação* é o conteúdo linguístico, o significado semântico/pragmático extraído do processamento dos dados. Portanto, informações são elementos gerados em um contexto social específico a partir de observações, ou criadas pela forma de as-

37 SIMITIS, Spiros. Einleitung. In: *Spiros Simitis* (Hg.): Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar. 6. ed. Baden-Baden 2006, nota 32, Einleitung, notas marginais 2 e 3.

38 FLORIDI, Luciano. Semantic Conceptions of Information. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/information-semantic/>>.

sociação de dados para um determinado fim<sup>39</sup>. Nesse contexto, como assinala Gabrielle Britz<sup>40</sup>, a proteção de dados não pode ser pensada como um direito de domínio sobre dados, o que seria inútil, pois a ameaça vem da aplicação de informações, nem como “domínio da informação”, o que seria impossível, pois estas últimas consistem em construção alheia do significado dos dados<sup>41</sup>.

A proteção do indivíduo perante técnicas computacionais de *scoring*, portanto, não significa domínio sobre a inferência realizada por terceiros. O problema aparece quando o sujeito referido pelo *scoring* é excluído desse processo de construção do seu perfil de risco, mostrando uma preocupação com a dignidade humana, no sentido de garantir que cada indivíduo, “e não sua ‘sombra’, terá o papel primordial na constituição de sua identidade”<sup>42</sup>. Trata-se, fundamentalmente, de garantir a *participação do sujeito nessa construção ou pontuação* com determinadas prerrogativas, de tal modo que cada um seja capaz de entender, contestar e participar da modulação de sua identidade na *infosfera*, em cada contexto e para cada finalidade de aplicação.

## 2.2 RECONHECIMENTO DA PRÁTICA PELA JURISPRUDÊNCIA

Se a atuação e anotações cadastrais pelas instituições de proteção ao crédito já eram reconhecidas e inclusive sumuladas pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmulas nºs 323, 359 e 385), em 2014, a licitude em geral da prática de *credit scoring* foi sedimentada por aquele tribunal, à luz da LCP. O STJ, com fundamento nos arts. 5º, IV, e 7º, I, daquela lei, no julgamento do REsp 1.419.697/RS, reconheceu a possibilidade de utilização do *credit scoring* sem o prévio consentimento do interessado, para avaliar e pontuar o consumidor que deseja obter empréstimos, levando-se em conta suas características pessoais e profissionais<sup>43</sup>.

---

39 ALBERS, Marion. Information als neue Dimension im Recht. In: *Rechtstheorie*, t. 33, p. 77 e ss., 2002. Ver também Hans-Heinrich Trute. Verfassungsrechtliche Grundlagen. In: ROSSNAGEL, Alexander (Org.). *Handbuch Datenschutz*. Editora Beck, Munique, 2003, cap. 5, nota marginal 18. Friedrich Schoch, Öffentlichrechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL)*, 57 (1998), p. 158 e ss.; LENK, Klaus. Der Staat am Draht 2004, p. 33 e ss. Em especial ALBERS, Marion. *Informationelle Selbstbestimmung*. Baden-Baden, 2005. p. 86 e ss.

40 BRITZ, G. Autodeterminação informativa entre a crítica principiológica dogmática e a permanência do Tribunal Constitucional Alemão. In: CAMPOS, Ricardo; NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges (Org.). *Proteção de dados e regulação*, RT, 2020 (no prelo); BRITZ, Gabriele. Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts. In: HOFFMANN-RIEM, W. (Hg.). *Offene Rechtswissenschaft*, Tübingen, 2010. p. 561-596.

41 Na literatura alemã, esse ponto fica claro com a crítica central de que proteção de dados não seria um regime da salvaguarda de dados, mas da proteção das pessoas contra os efeitos da forma como a informação é construída a partir de dados. Para tanto, ver BULL, Hans Peter. *Sinn und Unsinn des Datenschutzes*. Tübingen, 2015. p. 27 e ss.

42 MENDOZA, Isak; BYGRAVE, Lee A. The right not to be subject to automated decisions based on profiling. In: *EU Internet Law: regulation and enforcement* 77, 84.

43 STJ, REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12.11.2014 – *Informativo de Jurisprudência* 551. No mesmo sentido: “3. Sobre a utilização do sistema *credit scoring*, trata-se de prática

O Tribunal assinala com pertinência a distinção entre o banco de dados e os métodos matemáticos de extração da informação por meio de correlação estatística:

A avaliação da licitude do sistema de *credit scoring* deve partir da premissa de que não se trata de um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo de risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via internet.<sup>44</sup>

Daqui se depreende a impertinência da exigência de consentimento prévio e expresso do consumidor avaliado para o *credit scoring*, pois ele “não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico”. Aplicando o CDC e a LCP, o Tribunal reconheceu limites à formação e uso do banco de dados sem consentimento, vinculados ao *dever de transparência* quanto a dados registrados e mesmo quanto a suas fontes, à *privacidade*, consistente na proteção dos *dados sensíveis*, e a *boa-fé objetiva*, prevista no Código Civil, identificada, pelo Tribunal, com a *proibição ao excesso* quanto aos dados utilizados<sup>45</sup>.

A justificação explícita presente no julgado não adentra na análise, delimitação e justificativa detalhada dos dados que poderiam ser empregados, mas os traços do caso concreto trazem indicações, mostrando uma ampliação do escopo de dados que podem ser empregados para essa finalidade. Como se sabe, a análise da *ratio decidendi* não se limita à “regra” formulada pelo Magistrado ou tribunal em sua justificação, ou seja, aos fatores explicitamente indicados como fundamento, mas é construída a partir da correlação entre a decisão, favorável ou desfavorável ao pleito, e os fatores presentes no caso<sup>46</sup>. E o caso em questão envolvia o processamento não só do histórico de crédito, como também de dados pessoais sobre *idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes e endereço*. Em determinada passagem, o relator indica a naturalidade no exame recíproco da *capacidade financeira* em honrar contratos, dando a entender que dados ligados à avaliação dessa capacidade seriam admissíveis na prática de *credit scoring*. Outra menção interessante aparece, ao final, com relação à proibição ao excesso, na qual o Magistrado aponta que seriam excessivos dados relativos a “gostos pessoais”.

---

comercial lícita, autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011, cujo uso prescinde do consentimento prévio e expresso do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico, conforme decidido pela Segunda Seção desta Corte, à unanimidade de votos, no julgamento do Recurso Especial nº 1.419.697/RS, submetido ao procedimento dos recursos representativos de controvérsia repetitiva (CPC, art. 543-C e Resolução nº 8/2008-STJ)”.

44 STJ, REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12.11.2014.

45 No mesmo sentido, o STJ julgou também o REsp 1.457.199, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12.11.2014. Ver ainda: TJRS, AC 0171555-85.2017.8.21.7000, 6ª C.Cív., Rel. Des. Jerson Moacir Gubert, J. 21.06.2017; TJSP, AC 1038168-48.2018.8.26.0576, 23ª CDPriv., Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, J. 27.05.2019.

46 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2005.

Portanto, observa-se que, em sede da legislação vigente, há o reconhecimento judicial do uso de dados pessoais, além do histórico de crédito, independentemente de consentimento do referido pela análise de *credit scoring*.

### 2.3 A DISCIPLINA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O trâmite do projeto de Lei Projeto de Lei nº 4.060/2012, que viria a resultar na Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ganhou força justamente em meio à discussão do projeto de lei (PLP 441/2017) que introduzia o modelo *opt out* para a Lei de Cadastro positivo e tramitava desde 2017 no Congresso Nacional. É sabido que, entre os diversos grupos de interesse em jogo para a aprovação desse documento legislativo, uma das dificuldades centrais estava em compatibilizar a reconhecida importância da proteção ao crédito e do aumento de adesão aos cadastros positivos, com a exigência de consentimento do titular do dado como condição para qualquer processamento, prevista no projeto de lei de proteção de dados.

Tal exigência de consentimento da futura LGPD, acreditava-se, poderia frustrar tanto o PLP 441/2017, ora convertido na LC 166/2019, quanto a autorização pressuposta no CDC para a coleta e o processamento de cadastros negativos de adimplência. A solução encontrada foi a previsão, na LGPD, de uma nova hipótese autorizadora da coleta e processamento de dados, ao lado, e *com o mesmo status*, do consentimento pelo sujeito do dado.

Assim, diferentemente do regramento europeu, nas quais o processamento de registros positivos e negativos de adimplência contratual se dão pela exceção ao consentimento consistente no *legítimo interesse*, no Brasil, a LGPD estabelece, no seu art. 7º, X, a *finalidade de proteção ao crédito* como hipótese explícita de coleta e tratamento de dados pessoais.

Mas há mais um aspecto importante a se notar nessa distinção entre o Direito brasileiro e o europeu. Lá, como exceção à exigência de consentimento, as hipóteses acerca de quais dados devem ser processados são mais restritas. Ou seja, abre-se a exceção para aquela *ação específica* de coleta e processamento daquele tipo de dado, o que se interpreta restritivamente. Com isso, fica restrito o objeto do processamento aos dados que façam referência ou estejam ligados ao adimplemento ou inadimplemento de relações contratuais. Já no Direito brasileiro, o histórico aponta para uma solução diversa. A Lei de Cadastro Positivo, como visto, por regular especificamente a formação da base de dados, restringe-as às anotações sobre histórico de crédito. Porém, como o *credit scoring* refere-se ao modelo de processamento dos dados, houve reconhecimento jurisprudencial de que os dados a serem processados podem ir além do mero histórico de crédito.



Nesse contexto e em linha com o entendimento jurisprudencial, a lei brasileira de proteção de dados contempla a questão de forma mais abrangente ao regular e permitir explicitamente a finalidade, sem restringir os meios aptos para alcançá-la. A *proteção ao crédito* aparece como a *finalidade do processamento*, sendo assim inclusiva em relação à legislação pertinente e deixando em aberto quais seriam os dados passíveis de processamento para aquele fim.

Outra diferença importante reside no fato de que a LGPD não traz regras específicas sobre *profiling* e sequer inclui uma definição clara dessa prática. Com isso, não há um conjunto de prerrogativas previstas para oferecer transparência ao sujeito do dado ou proteção contra discriminação. A única garantia, nesse sentido, é aquela geral, prevista no art. 6º, IX, que impede o tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios abusivos ou ilícitos. Mas note que a garantia é contra o processamento voltado para ou que objetive a discriminação abusiva, não restando claro se a proteção abrangeria processamento para fins lícitos e não discriminatórios que acabem por resultar em aspectos que possam ser considerados discriminatórios ou abusivos.

Há apenas duas referências na LGPD à formação automatizada de perfis comportamentais: uma no art. 12 e outra no art. 20. A primeira referência, no art. 12, apenas equipara a dados pessoais aqueles dados não pessoais que sejam cruzados com outros dados de natureza pessoal para formação de perfil natural de pessoa natural, quando esta for identificada no âmbito de determinado perfil. Trata-se de uma espécie de “contaminação” de dados não pessoais com dados pessoais, quando empregados para *profiling*, que não encontra paralelo na legislação europeia. Isso faz com que salvaguardas e direitos dos sujeitos de dados sejam aplicáveis também em relação a dados não pessoais, o que exigirá interpretação ou mesmo regulamentação posterior para que se estabeleçam limites, por exemplo, ao direito de bloqueio ou exclusão do dado, ou ainda, de portabilidade. A segunda referência aparece no art. 20, que trata das decisões integralmente automatizadas, com a seguinte redação:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

Chama a atenção a aparente confusão entre decisões automatizadas e construção automática de perfis. O dispositivo prevê o direito a solicitar revisão de decisões automatizadas “incluídas as decisões destinadas a definir seu perfil pessoal”, o que dá a entender que, para a LGPD, automatização de perfis seriam decisões automatizadas. Obviamente, como já visto, decisões baseadas em perfis podem ser decisões humanas, notadamente quando o supervisor envolvido em decisão de concessão de crédito pode discordar e tomar orientações diversas daquelas indicadas pelo score alcançado pelo sujeito do dado. Tratar

todas essas formas de decisão humanas como automatizadas pode trazer dificuldades.

O impacto apenas não chega a ser tão grave para o desenvolvimento de sistemas de *scoring*, pois a proteção dada pela LGPD contra decisões automatizadas é muito mais tímida do que aquela estipulada na GDPR. Em primeiro lugar, porque a LGPD não proíbe a decisão automatizada. Pelo contrário, pressupõe sua legitimidade, independentemente de consentimento, quando assegura ao titular dos dados apenas o direito de solicitar sua revisão. Em segundo, porque a LGPD não atribui ao titular do dado o direito a solicitar revisão humana, reconhecendo ao controlador o direito de revisar decisões automatizadas por meio de outro processo automatizado (o que isso implicaria e como poderia ser feito, sem onerar o controlador e ao mesmo tempo oferecer nova oportunidade de decisão e contestação ao sujeito de dado, também é objeto de dúvida). Em terceiro, porque a LGPD já ressalva a proteção do segredo de negócio quando trata do direito do titular a receber “informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos” empregados, indicando, ainda, que, quando as informações forem recusadas, caberia à Autoridade de Nacional de Proteção de Dados – ANPD realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios (outro ponto, aliás, que merecerá regulação ou interpretação posterior pela autoridade).

Ou seja, se na GDPR vemos um direito do titular do dado a não ser submetido a decisões inteiramente automatizadas, a obter intervenção humana e informações inteligíveis sobre critérios e a lógica envolvida, na LGPD vemos um direito do controlador e operador a empregar decisões inteiramente automatizadas, a revisá-las de modo automatizados e a não fornecer informações para proteger segredo de negócios, com o ônus de uma possível auditoria pela ANPD para detectar aspectos discriminatórios no procedimento.

Com isso, mesmo uma equiparação da geração automática de perfis com a decisão integralmente automatizada teria apenas o efeito de atribuir ao sujeito de dados algumas prerrogativas encontradas na GDPR para *profiling*, consistentes na transparência e não discriminação. Todavia, confunde conceitos distintos que podem gerar confusões interpretativas e outras implicações na regulamentação posterior sobre decisões automatizadas, que inclua regras cuja aplicação a *profiling* seja inadequada.

## 2.4 DELIMITAÇÃO DOS TIPOS DE DADOS OBJETO DE *SCORING*

A previsão na LGPD da proteção ao crédito como hipótese autônoma e legitimadora do processamento de dados, independente de consentimento, confere alcance bem mais abrangente do que a leitura restritiva e excepcional baseada apenas em legítimo interesse. Como vimos, se, na legislação europeia, a identificação do legítimo interesse implica o reconhecimento de direito ao

controlador ou à agência de crédito em processar o *scoring*, aqui haveria, na primeira leitura, um direito a empregar quaisquer dados, independentemente de consentimento, para realizar *scoring*, desde que para a finalidade de proteção ao crédito.

Ocorre que essa leitura abrangente merece ponderações, uma vez que a LGPD reconhece uma série de direitos fundamentais, em relação aos quais a proteção de dados é instrumental: a privacidade (art. 2º, I), a autodeterminação informativa (art. 2º, II), a inviolabilidade da honra e da imagem, a defesa do consumidor (art. 2º, VI) e o livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º, VII), mas também em nome da livre iniciativa e do desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação (art. 2º, V). Em atenção a essas balizas principiológicas e levando em consideração a legislação e jurisprudência predecessoras, é que deve ser construído o entendimento sobre os limites quanto aos dados que podem ser processados para a proteção ao crédito.

Obviamente, o dado imediato e direto para a análise de crédito é o histórico de adimplemento de relações contratuais. Mas há outros dados indicadores da capacidade financeira de determinado indivíduo que permitem avaliar o risco de inadimplência. Dados como situação patrimonial, capacidade financeira, idade, estado civil, renda sempre foram usados, ao menos intuitivamente, para a avaliação de concessão de crédito ou empréstimos. Porém, aquela avaliação intuitiva e muitas vezes subjetiva, pautada na discricionariedade do comerciante, adquire, no ambiente digital, maior precisão e passa a ser empregada como parâmetro objetivo de pontuação. Tecnologias avançadas para correlacionar e estabelecer inferências a partir de dados, ou a inteligência da análise de dados, hoje em grande parte executada por sistemas de inteligência artificial, trazem pelo menos três consequências importantes para a análise da questão:

*Primeiro*, ampliam sobremaneira a escala e a variedade de dados empregados a partir dos quais é possível inferir informações relevantes sobre a probabilidade de inadimplência. Esses sistemas exigem não só uma escala considerável de dados, individuais e gerais, para obtenção de resultados confiáveis, como também uma grande variedade de fontes digitalizadas de informação. Os pesos relativos dos fatores hipoteticamente correlacionados com o risco de crédito são alcançados não pela programação prévia, mas pela modulação de parâmetros abertos efetuada *durante o processamento*, a partir dos *inputs* ao sistema. Assim, a identificação daqueles dados que seriam mais relevantes para a finalidade pretendida – avaliação do risco de inadimplência – não é predefinida e muitas vezes sequer pode ser antecipada pelo programador, sendo um *output* do próprio sistema computacional empregado. Vale dizer, o dado ou tipo de dado apenas se mostra efetivamente relevante no curso do processamento, de modo que a relevância não lhe é intrínseca, mas determinada pela inteligência de análise ou pela arquitetura do programa empregado. *Segundo*,

permitem uma personalização da análise mais poderosa, o que torna a prática mais invasiva no que se refere à esfera privada individual. *Terceiro*, geram confiança para o tomador de decisões. Na medida em que atingem grau elevado de acurácia nas predições, as pontuações geradas passam a ganhar confiança, a ponto de se tornarem ou serem encaradas como parâmetros objetivos e necessários à análise e à tomada de decisão. A pontuação não se contesta, havendo flexibilidade apenas para a decisão a partir da premissa que estabelecem. Com isso, diferentemente das avaliações intuitivas e subjetivas, o *scoring* passa a ser efetivo critério de acesso dos usuários a determinados bens e serviços, reduzindo a margem de contestabilidade.

Portanto, de um lado, o primeiro fator, qual seja, a variabilidade intrínseca dos dados empregados dentro da *tecnologia de scoring* e sua eficácia preditiva, aponta para uma permissividade abrangente. O objetivo de alcançar tal eficácia para promover o valor de segurança das relações comerciais e seus efeitos benéficos para a economia (redução do *spread* bancário) reforçam uma interpretação permissiva.

De acordo com essa interpretação, que privilegia a aplicação da LGPD em nome do desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação, infere-se da permissão finalística expressa, isto é, da permissão para se atingir o fim de proteção de crédito, a permissão para processar todo aquele dado que se preste a tal fim, ou seja, todo dado adequado e útil para propiciar a pontuação mais precisa do sujeito referido. Como a relevância do dado, no estado tecnológico atual, não pode ser determinada *ex-ante*, mas depende justamente de seu *processamento*, a princípio, torna-se sem sentido a avaliação independente ou *ex-ante* de “excessividade”, prevista no art. 3º, § 3º, I, da LCP, como a identificação daqueles dados “que não estiverem vinculados à análise de risco de crédito”. É o *resultado do processamento* que indica o vínculo e o grau de correlação.

A consequência seria que todos os dados indicados pelo processamento computacional como correlacionados à proteção ao crédito podem ser empregados. Como o foco está no processamento, o exame deve observar os limites ao processamento impostos pelos demais princípios que norteiam a LGPD, momento no qual essa leitura aberta e permissiva enfrenta o contraponto trazido pelos outros dois fatores, *i.e.*, a personalização radical da análise (com invasão à esfera privada e possível restrição à autodeterminação informacional) e a confiança no *scoring* restritiva do acesso a bens (com impactos sobre os direitos do consumidor).

Com efeito, a interpretação abrangente, resultando na permissão ao uso de todo e qualquer dado que se mostre *adequado*, poderia levar a consequências lesivas à privacidade e à autonomia informacional, por exemplo com a

hipótese de correlação encontrada entre preferência sexual ou estado de saúde à pensão ao endividamento ou inadimplência.

Desse modo, deve-se agregar, além da análise de adequação e relevância (vínculo com a análise de risco), a análise de sua *necessidade*, considerando a possibilidade de impacto à autonomia informacional, que tem, em sua base, a liberdade individual. Ou seja, em que medida aquele dado seria *necessário* para propiciar a análise acurada de proteção de crédito, sem criar constrangimento à liberdade individual e aos direitos da personalidade.

Nessa leitura, é importante distinguir entre categorias de dados envolvidos: (a) dados sensíveis (nos termos do art. 5º, II, da LGPD); (ii) dados relativos a hábitos de consumo; (iii) dados relativos à capacidade financeira e histórico patrimonial; e (iv) dados relativos ao histórico de crédito e adimplemento contratual.

Trata-se de introduzir técnica semelhante à análise de “legítimo interesse”, porém com inversão do *onus probandi*. Em vez de se exigir do controlador a demonstração de que o dado é adequado necessário e proporcional ao fim de proteção ao crédito, impõe-se ao sujeito do dado demonstrar que ele seria inadequado, desnecessário ou desproporcional.

Entre as categorias citadas, parece imediato excluir o processamento de dados sensíveis como forma legítima de alcançar a avaliação adequada de proteção ao crédito. Há uma série de fatores que justificam essa exclusão. Primeiro, a LCP impede que tais dados constem de bancos de dados de histórico de crédito. Segundo, a jurisprudência do STJ específica em relação à prática de *scoring*, apesar de estender os dados passíveis de processamento, exclui o emprego de dados sensíveis. Por fim, a própria LGPD, em seu art. 1º, que trata dos dados sensíveis, não admite qualquer análise de legítimo interesse como condição permissiva de uso e tampouco inclui a finalidade de proteção ao crédito como hipótese autorizadora do tratamento, sem consentimento do titular.

A segunda categoria, sobre hábitos de consumo, adentra em zona cinzenta. De um lado, os hábitos de consumo constituem informação relevante complementar à capacidade financeira, para análise de risco de inadimplência, porém seu uso pode significar constrangimento à liberdade individual, considerando a confiança daquele que decide no *score* e a potencial restrição do acesso a bens. A consciência pelo indivíduo, de que seus hábitos de consumo podem significar restrição futura de acesso a crédito, podem criar constrangimento ao próprio livre exercício desses hábitos e desejos de consumo, o que afeta a autonomia individual. Como são dados dinâmicos que dependem da ação individual, seu uso para processamento computacional constrange e limita a própria dinâmica.

Esse aspecto exige cautela, considerando a menção, pelo *leading case* do STJ sobre *scoring*<sup>47</sup>, aos “gostos pessoais” como indicadores de excessividade e abuso quanto à boa-fé objetiva que deve pautar as relações comerciais.

Deve-se considerar, porém, que os tribunais nacionais reconhecem a legitimidade, ou mesmo o dever das instituições financeiras em traçar perfis de consumo de seus clientes com a finalidade de prevenção à fraude. Diversos tribunais, incluindo o STJ, entendem que o banco que não aplica tais mecanismos para prevenir danos decorrentes de fraudes para seus clientes podem ser responsabilizados, tratando-se de fato fortuito interno, decorrente da própria atividade exercida pelo banco e do risco por ele assumido<sup>48</sup>. Conquanto determinada fraude seja incerta, a ocorrência de fraudes em geral não o é, e os bancos possuem mecanismos para, pelo menos, minorar seus danos, de modo que é responsabilidade do banco prevenir-se contra tal. O STJ, inclusive, editou a Súmula nº 479<sup>49</sup>, fixando esse entendimento. A despeito disso, há decisões divergentes<sup>50</sup>.

De todo modo, a conclusão sobre sua licitude perante a LGPD depende de ponderação sobre a necessidade e proporcionalidade do dado específico a ser empregado, com análise caso a caso, de legítimo interesse, ainda que o ônus recaia sobre o titular do dado.

A terceira categoria, ligada à capacidade financeira e histórico patrimonial, como informações sobre renda e patrimônio, também estão em zona cinzenta, que merece análise caso a caso e demonstração de ausência de legítimo interesse pelo titular. Isso porque tal análise é meio muitas vezes previsto como condição de garantia de relações contratuais, como destacou o Ministro Paulo Sanseverino no *leading case* do STJ sobre *credit scoring*.

Relembre-se que, até hoje, antes da celebração dos contratos tradicionais (v.g., contrato de compra e venda de um imóvel), em um período pré-contratual, é realizada pelos interessados uma avaliação recíproca da idoneidade da outra parte e de sua capacidade financeira de honrar o negócio jurídico a ser celebrado.<sup>51</sup>

Dentro da análise de capacidade financeira, um dos indicadores centrais é o patrimônio. Como já assinalado, o precedente avaliou modelo de *scoring*

---

47 STJ, REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12.11.2014.

48 Neste sentido, ver: STJ, RCL 8.946/DF, 2ª S., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 10.10.2012. Ver ainda: TJSP, AC 0005254-08.2014.8.26.0084, 22ª CDPriv., Rel. Des. Hélio Nogueira, J. 02.02.2017; TJSP 1040422-30.2019.8.26.0100, 38ª CDPriv., Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, J. 18.09.2019; AC 1004831-60.2017.8.26.0299, 12ª CDPriv., Rel. Des. Jacob Valente, J. 13.02.2019.

49 “Súmula nº 479/STJ – As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

50 Neste sentido, ver: TJSP, AC 1079556-35.2017.8.26.0100, 38ª CDPriv., Rel. Flavio Cunha da Silva, J. 31.07.2019; AC 1002141-98.2016.8.26.0006, 16ª CDPriv., Rel. Des. Carlos Goldman, J. 31.07.2018.

51 “Relembre-se de que, até hoje, antes da celebração dos contratos tradicionais (v.g., Contrato de compra e venda de um imóvel), em um período pré-contratual, é realizada pelos interessados uma avaliação recíproca da idoneidade da outra parte e de sua capacidade financeira de honrar o negócio jurídico a ser celebrado.” (STJ, REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12.11.2014)

em que eram empregados dados como idade, renda, número de dependentes, localização etc. São todos dados estáticos, ou ao menos com maior grau de permanência, cujo processamento, à primeira vista, não constrange as ações do sujeito referido pela análise.

Por fim, a quarta categoria, o histórico de crédito, com os registros de adimplemento ou inadimplemento contratual, encontra permissão legal expressa, seja pelo art. 43 do CDC, seja pela LCP, seja pelo inciso X do art. 7º da LGPD, uma vez que se trata de meio direto para aferição da probabilidade de adimplência. Esses dados não se limitam a adimplemento de mútuos ou relações de crédito bancário, mas podem abranger o histórico de adimplemento de uma série de serviços com adimplemento diferido, como, por exemplo, consumo de energia (gás, eletricidade), água, serviço de conexão a internet, linhas telefônicas, *leasings*, aluguel de imóveis, seguro saúde etc.

## CONCLUSÃO

Dentro do presente artigo, pretendeu-se dar uma abordagem comparativa da técnica de *scoring* dentro dos parâmetros do regime jurídico europeu e brasileiro. Essa técnica, também conhecida como procedimentos de pontuação, configura-se como um instrumento típico de definição de perfis (*profiling*) ao conferir uma pontuação a partir de uma análise automatizada de dados. Apesar de o fenômeno ter o mesmo revestimento técnico e prático na Europa e no Brasil, o caminho da formação da regulação jurídica em torno do tema deu-se de forma bem diferente. Enquanto na Europa o *credit scoring* tem sua autorização vinculada ao consentimento ou à análise de legítimo interesse, o que confere um escopo e espectro de dados bem mais restrito para seu emprego, limitando, em essência, a dados sobre adimplemento contratual, no Brasil, além do amplo reconhecimento da prática pela legislação vigente, a LGPD considera o tratamento para fim de proteção ao crédito como hipótese independente autorizadora do processamento de dados. Com isso, o alcance do escopo do processamento e dos dados que podem ser empregados para tanto são mais amplos e, na interpretação aqui desenvolvida, são admitidos quaisquer dados relativos a adimplemento contratual, independentemente de se tratar de contratos financeiros, ficam excluídos os dados sensíveis, e, por fim, quanto a dados relativos a hábitos de consumo e dados patrimoniais, há uma inversão do *onus probandi*, na qual cabe ao titular do dado demonstrar que o processamento é inadequado, desnecessário ou desproporcional para a finalidade de proteção ao crédito.

Data de submissão: 30.09.2019

Data de aceite: 21.10.2019